

正犯者概念と幫助構成要件

Die Täterbegriffe und der Beihilfentatbestand

博士後期課程 公法学専攻 2007年度入学

小 島 秀 夫

KOJIMA Hideo

【論文要旨】

幫助の故意成立に要求される最低限の認識内容を導くためには、故意規制機能が内在している幫助構成要件を検討する必要がある。そこで幫助構成要件を検討するにあたって、その存在意義を明らかにするため、正犯者概念、すなわち正犯と共犯の構成モデルについて詳細に論究した。そして、共犯構成要件の存在意義を見出したうえで、幫助構成要件が提示する故意内容について論究した。

正犯と共犯の構成モデルについては、統一モデル、区別モデル、二元モデルの3つが存在するが、統一的正犯者概念や拡張的正犯者概念によると可罰的領域を不当に拡大する等の理由から、制限的正犯者概念をベースにした区別モデルが採用されるべきである。共犯構成要件の存在意義が構成要件の拡張と刑罰の拡張にあることを鑑みると、幫助構成要件は幫助犯に固有のものであり、そこには幫助犯固有の行動規範が機能的に内在し、正犯構成要件の存在によって幫助の故意規制機能が働く。例えば、殺人犯に声援を送る幫助者に殺人幫助の故意が認められるためには、「正犯」が「人」を「殺す」との認識や「当該状況下で人を殺害することを助けるために正犯へ声援を送る」との認識が幫助者に必要であろう。

【キーワード】 共犯、従犯、故意、正犯概念、行動規範

【目次】

はじめに

I. 統一モデル

1. 統一的正犯者概念

(1) 形式的統一的正犯者体系

(2) 機能的統一的正犯者体系

2. 批判的考察—オーストリアとわが国の現状を踏まえて

II. 区別モデル

1. 拡張的正犯者概念

2. 制限的正犯者概念

3. 検討

III. 二元モデル

1. 制限的正犯者概念と統一的正犯者概念

2. 批判的考察

おわりに

はじめに

先の論文⁽¹⁾では、幫助の故意における問題として認識内容の不明確性を指摘したうえで、故意を認める際に幫助者へ要求される認識の程度について、ドイツで主張されている見解を紹介し、若干の批判的考察を行った。この問題について私見を提示するには、幫助の構成要件を検討する必要があると思われる。というのも通説によれば、故意とは構成要件に帰属する事実（犯罪事実）の認識であると理解されており⁽²⁾、構成要件には故意の内容を直接に規制して責任主義を明確化する故意規制機能が備わっているため⁽³⁾、通説の見解に従うならば、幫助構成要件の機能を検討することによって、幫助の故意成立に必要な最低限の認識内容を導くことができるからである。

もっとも、構成要件に帰属する事実の認識が故意であるとしても、成立する犯罪に対する故意の構成要件関連性が常に要求されるかどうかは必ずしも自明ではない、と言えるかもしれない。ドイツでは、ドイツ刑法典16条1項に「行為遂行の際、法律上の構成要件に属する事情を認識していない者は、故意をもって行動したものではない。」と規定されており、故意の構成要件関連性が問題になることはほとんど考えられない⁽⁴⁾。一方、わが国では、38条1項に「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。」と規定しているだけで、「罪を犯す意思」が故意であることは導き出すことがで

⁽¹⁾ 拙稿「幫助の故意における認識的要素」法学研究論集第28号（2008年）59頁。

⁽²⁾ 大谷實『刑法講義総論 新版第2版』（成文堂，2007年）164頁，川端博『刑法総論講義 第2版』（成文堂，2006年）172頁，西田典之『刑法総論』（弘文堂，2006年）198頁，前田雅英『刑法総論講義 [第4版]』（東京大学出版会，2006年）202頁，山口厚『刑法総論 [第2版]』（有斐閣，2007年）186頁，井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）64頁。なお、このような故意の定義については異論も出されている。齋野彦弥『基本講義刑法総論』（新世社，2007年）185頁。齋野によれば、故意には、構成要件事実の認識だけでなく、評価の認識をも含むうとされている。しかし、この問題については本稿の検討対象外であるため、検討を割愛する。後日の検討を試みたい。

⁽³⁾ 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣，1983年）172頁参照。

⁽⁴⁾ 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999年）207頁。

きるとしても、当該規定から直ちに故意の構成要件関連性が必然的に要求されるとは限らない。現に、抽象的事実の錯誤の事例を処理するにあたって主張されている抽象的符合説は、行為者の認識事実と結果実現事実との間に構成要件をまたいでズレが生じている場合、何らかの故意を行為者に認めるために、個別具体的な構成要件の制約から離れることを許容している⁽⁵⁾。この見解によれば、故意の抽象化は極端に推し進められることになるが、しかしこうした故意の極度の抽象化は、故意概念の実体、すなわち犯罪の成立に対する独自の規範的意味を失わせ⁽⁶⁾、故意を単なる処罰のためのラベルに化してしまう⁽⁷⁾。また、成立する罪名と処断刑との分裂が生じることにもなる⁽⁸⁾。したがって、成立する犯罪に対する故意の構成要件関連性は、どのような事例においても厳格に守られなければならないであろう。

このように、故意の構成要件関連性を厳格に守るとしても、故意を認める際に要求される認識事実の内容について、ある程度その抽象化を許容しなければならない場合が考えられる。それが、共犯の故意である。単独犯の場合は、主体自らが法益侵害結果ないしはその危険を発生させるプロセスを決定するため、行為者は構成要件に帰属する事実を具体的に認識していることが多く、事実認識の明確性が故意の成否を左右することは少ないだろう⁽⁹⁾。一方、共犯、とりわけ狭義の共犯は、他者である正犯を介して法益侵害結果ないしはその危険を発生させるため、教唆者や幫助者が法益侵害結果ないしはその危険に至るプロセス、すなわち構成要件に帰属する事実を具体的に認識することは不可能である。そこで、狭義の共犯の場合は、故意の成立に要求される事実認識の程度が抽象化されてしかるべきであろう。しかし、抽象的符合説のように、成立する犯罪構成要件に対する事実認識の極度な抽象化を許容すると、関与者には容易に故意が認められ、教唆罪や幫助罪が成立する可能性が高くなる。ではこの場合、事実認識の抽象化はいかなる程度まで許されるのであろうか。この問題に対する解答を提示するためには、共犯故意の基点となる共犯構成要件を検討する必要があるだろう。

共犯構成要件、とりわけ幫助犯が含まれる狭義の共犯における構成要件を検討するにあたっては、その存在意義を明らかにするため、正犯者概念、すなわち正犯と共犯の構成モデルについて詳細に検討しなければならない。というのも、正犯と共犯をどのように構成するかによって、幫助構

⁽⁵⁾ 西田・前掲註(2) 218頁。厳密に言えばこの説は、「犯罪に出る」という構成要件（これを構成要件といえるかは疑問である）には故意が関連しているものの、「人の身体を傷害する」、「人を欺いて財物を交付させる」等の個別具体的な構成要件には関連しない、と考えているのかもしれない。しかしこのような考え方は、本文で述べたように妥当ではない。

⁽⁶⁾ 井田・前掲註(2) 103頁。

⁽⁷⁾ 川端博「抽象的事実の錯誤」廣瀬健二、多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 上巻』（信山社、2001年）385頁以下。

⁽⁸⁾ 川端・前掲註(7) 386頁。

⁽⁹⁾ ただし、単独犯の場合も、事実認識の明確性が全く問題にならないわけではない。この点につき、Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Auflage*, 2006, S. 497ff. を参照。増田豊「故意・錯誤問題への認知科学的ストラテジー」法律論叢第61巻（1989年）2頁、井田・前掲註(2) 67頁も参照。

成要件の機能，より正確に言えば幫助犯固有の行動規範の有無が決定付けられ，行動規範とパラレルの関係にある故意の認識内容に差異が生じると思われるからである。正犯と共犯の構成モデルについては，統一モデル，区別モデル，二元モデルの3つが存在する。統一モデルは，いわゆる統一的正犯者概念（Einheitstäterbegriff）と言われるものであり，区別モデルは，拡張的正犯者概念（extensiver Täterbegriff）と制限的正犯者概念（restriktiver Täterbegriff）が挙げられ，二元モデルは制限的正犯者概念と統一的正犯者概念のコンビネーション等が考えられる。この中から支持しうるモデルを選び出し，狭義の共犯における構成要件の存在意義を明確にして，幫助構成要件の機能について解明したい。

I. 統一モデル

幫助構成要件の存在意義が導かれる正犯者概念，すなわち正犯と共犯の構成モデルについては，統一モデル，区別モデル，二元モデルの3つの考え方が主張されている。まず始めに，統一モデルから検討する。

正犯と共犯の構成モデルにおける統一モデルとは，立法形式において正犯と共犯を区別しない一元的な規定モデルである。すなわち，共犯概念を認めず，全ての行為形態を正犯として扱うモデルである。このモデルを採る正犯者概念として，統一的正犯者概念（Einheitstäterbegriff）が挙げられる。

1. 統一的正犯者概念

統一的正犯者概念は，リストによって初めて主張されたと言われており⁴⁰，その歴史において「包括的正犯者概念」（umfassender Täterbegriff）とも称されていた⁴¹。このモデルを確立したキナップフェルによれば，統一的正犯者概念は，後に述べる拡張的正犯者概念（extensiver Täterbegriff）ないしは排他的正犯者概念（exklusiver Täterbegriff）に由来するものである⁴²。正犯と共犯の概念的な対置は放棄され，行為に関与した全ての者を正犯として法律上原則的に同等に評価し，同一の法定刑を置き，関与者の不法や責任の程度によって刑罰の個別化が図られる⁴³。したがって，統一的正犯者概念には共犯構成要件が存在せず，正犯構成要件のみが存在することになる。

この体系は，次のような利点があるとされている⁴⁴。例えば，複数人による犯行の際に誰が正犯であるかを特定する必要がない。というのも，統一的正犯者概念によれば，行為に関与した全ての

⁴⁰ Vgl. Kienapfel/Höpfel, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, 2007, S. 208.; 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂，1988年）7頁参照。

⁴¹ わが国では，木村龜二がこのように称している。木村龜二「包括的正犯者概念の比較法的意義」法律論叢第39巻第4・5・6号（1968年）509頁。

⁴² Kienapfel/Höpfel, a.a.O., S. 206.

⁴³ Kienapfel/Höpfel, a.a.O., S. 206, 208.

⁴⁴ Vgl. Kienapfel/Höpfel, a.a.O., S. 207.

者が正犯とみなされるからである。したがって、間接正犯と教唆、共同正犯と幫助、教唆と幫助等の限界に関する問題は発生しない。また、この概念を採用することによって、共犯従属性説から要求される要素従属性、すなわち正犯との質的従属性を放棄することが可能となり、関与者は自己の不法と責任についてのみ答責されることになる。統一的正犯者概念は、あらゆる不法要素や責任要素について自ら実現した者を全て正犯として捉えて共犯概念を認めないため、関与者の刑法上の責任が他者に左右されえないことがその理由であろう。

統一モデル、すなわち統一的正犯者概念にはいくつかのヴァリエーションが存在するが⁶⁹、大きく分けると2つに分類することができる。そこで以下、統一的正犯者概念の2つのヴァリエーションを検討する。

(1) 形式的統一的正犯者体系

1つは、統一的正犯者概念のコアを厳格に守り、考えられうるすべての行為者形態、行為形態を統一的に理解する、形式的統一的正犯者体系 (formales Einheitstätersystem)⁷⁰と呼ばれるシステムである。このシステムによれば、間接正犯や教唆、幫助といった概念は全て放棄され、それらは全て1つの正犯構成要件の中に含まれる。まさに、形式的統一的正犯者体系は一元的正犯者体系 (Ein-Täter-System) である、と言えるであろう⁷¹。

異論の余地はあるが、このような体系はドイツ秩序違反法に見てとれる、とされている⁷²。秩序違反法14条1項は、複数の者が秩序違反を犯した場合、その全ての者が秩序違反をしたとみなし、たとえ処罰を根拠づける特別の人格的要素が関与者にのみ存在する場合でも同様に扱う旨を規定している。1つの構成要件の中に全ての行為形態を含んでいることを根拠にすれば、秩序違反法は形式的統一的正犯者体系を採用している、と理解することができよう。

しかし、法益侵害結果に向けられた処罰に値する行為態様を構成要件に示さず、1つの正犯構成要件にまとめる形式的統一的正犯者体系には、国民の自由を保障する構成要件の法治国家的保障機能を害するおそれがあるとの批判が向けられた⁷³。また、この体系は共犯処罰の間隙を埋めることには成功するものの、例えば近年問題となっている中立的行為による幫助において、およそ不可罰的関与行為の存在する余地がなくなってしまうなど、可罰的領域の大幅な拡大が懸念された。そこで、形式的統一的正犯者概念の欠陥を埋めるべく展開された体系が、次に述べる機能的統一的正犯者体系である。

⁶⁹ 高橋・前掲註(4) 46頁以下参照。

⁷⁰ Kienapfel/Höpfel, a.a.O., S. 208.

⁷¹ Kienapfel, *Das Prinzip der Einheitstäterschaft*, Jus 1974, S. 5.

⁷² Kienapfel, a.a.O. (Anm 17), S. 5. ロクシンは、この点に関して異論の余地がある理由を簡潔に言及している。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 2003, S. 5.

⁷³ Vgl. Kienapfel, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, in: Müller-Dietz (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, S. 29.; 高橋・前掲註(4) 26頁, 72頁参照。

(2) 機能的統一的正犯者体系

機能的統一的正犯者体系 (funktionales Einheitstätersystem)⁶⁹⁾は、形式的統一的正犯者体系に向けられた批判を克服するため、法治国家的な決定命令や伝統的な構成要件解釈の根拠、可罰性の限界付け等の目的から、行為者形態、行為形態を区別するものである。この体系によれば、行為形態が複数存在することを概念上認め、構成要件を区別するものの、正犯構成要件が複数存在するだけで、共犯構成要件は存在しない。したがって、複数の正犯構成要件が価値的、本質的、責任的に一律同等であり、同一の法定刑に関係付けられているこの体系も、統一的正犯者概念の一種であることが言えるだろう⁷⁰⁾。

このような体系は、ここでも論争が繰り広げられているが、オーストリア刑法典において採用されていると理解する見解が多数を占めている⁷¹⁾。オーストリア刑法典12条によれば、可罰的な行為をした直接正犯者だけではなく、他者にそのような行為に及ぶように決定付けたり、その遂行に関与したりする者も可罰的行為を為した者であると規定されている⁷²⁾。

形式的統一的正犯者概念を修正した機能的統一的正犯者体系は、次のような利点がある。まず第1に、複数の犯行類型を概念上認めることによって、直接正犯とそれに関連する構成要件の従来からの解釈を維持することができ、形式的統一的正犯者概念に対して提出されていた構成要件の法治国家的保障機能の欠如という批判は回避される⁷³⁾。第2に、機能的統一的正犯者概念によれば、狭義の共犯とは異なる形態で法益侵害を志向する行為も構成要件段階で包括され、量刑段階においてそれぞれ相違をもたせることが可能となる。第3に、すべての行為態様が正犯にまとめられ、同一の法定刑が予定されているため、刑事訴訟法的観点から、行為態様に関連して教唆や幫助などが認定される行為者の判定に対する事実誤認のみを理由とする無効の抗告は、意味を成さない。したがって、択一的認定も許容され、上訴裁判所の負担軽減につながる⁷⁴⁾。

2. 批判的考察—オーストリアとわが国の現状を踏まえて

しかし、こうした機能的統一的正犯者体系を徹底することは、甚だ困難なように思われる。エンゲルトは、実際にこの体系を採用していると思われるオーストリアの現状を分析し、オーストリアの判例が機能的統一的正犯者体系を一義的に採用しているとの見解に疑問を投げかけている。

例えば、非身分者の背任罪の成否が問われた事例において、判例が非身分者の故意を認める要件

⁶⁹⁾ Kienapfel/Höpfel, a.a.O., S. 208.

⁷⁰⁾ Kienapfel, a.a.O. (Anm 17), S. 5.

⁷¹⁾ オーストリア刑法典が一義的に機能的統一的正犯者体系を採用しているとの見方に疑問をもつ論者の紹介として, Florian Engert, *Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer?*, 2005, S. 28. が挙げられる。

⁷²⁾ Vgl. Engert, a.a.O., S. 150.

⁷³⁾ Vgl. Kienapfel, a.a.O. (Anm 17), S. 6.

⁷⁴⁾ Vgl. Engert, a.a.O., S. 27.

に、非身分者が身分者を通じて法益侵害を実現しようとする意思を挙げているとして、オーストリアの判例は身分犯について関与の従属性を要求している、と指摘している⁸⁹。また、共同で住居に侵入することを働きかけた者に対する住居侵入罪と器物損壊罪の直接正犯の成否が問われた事例において、判例が直接正犯を認めたうえで誘発正犯は直接正犯に対して補足的関係にあると述べた点について、これは全ての行為形態を法的に同等とみなす統一的正犯者の解決とは矛盾している、と主張している⁹⁰。さらにエンゲルトは、援助未遂の不可罰性を検討するべく、次のような事例を紹介している。未成年者との姦淫の際、未成年者の年齢を知らなかったために無罪となった直接正犯者の姦淫を援助した者に援助正犯が成立した事例において、判例は未遂の定義に言及し、幫助の制限的量的従属性を認めて、直接正犯者が客観的な未遂段階に到達することを援助正犯の可罰性に要求した⁹¹。エンゲルトによれば、統一的正犯者概念は、幫助未遂の不可罰性に関連して未遂処罰の限界事例の処理に問題を抱えているとして、未遂処罰の領域をその概念によって説明することは困難である、と述べている⁹²。

一方、わが国の現状を概観すると、統一的正犯者概念は現行刑法とは相容れないことが言える。その理由としては、まず第1に現行刑法が60条以下に教唆、幫助、身分犯に関する共犯規定を設けており、全ての関与者を正犯とみなす統一モデルではないことが挙げられる。第2に、わが国においても共犯従属性説がほぼ異論なく認められており、共犯独立性説と親和的であることから共犯の肥大化を招くとの批判が当てはまりうる統一的正犯者概念は受け入れ難い⁹³。この点について、統一モデルを支持する論者から、共犯従属性説との並存は可能であるとの主張がなされているが⁹⁴、共犯従属性説は正犯を共犯処罰の根拠ないしは条件とする見解であるため、行為者の処罰を他者に左右されることを嫌う統一的正犯者概念とは合致しないのではないだろうか。確かに、機能的統一的正犯者体系を軸にした統一モデルからは、制限的正犯者概念をベースとした区別モデルが正犯との要素従属性、とりわけ質的従属性を要求するとして、統一モデルこそが自己答責性を貫徹することができるとのメリットを主張されることが予想される。だが、区別モデルに対するそのような批判は、正犯との従属性に対して誤った理解に基づくものであると言わざるを得ない。正犯を前提に共犯が成立すると考える共犯従属性説は、正犯を共犯処罰の根拠と捉えるのではなく、共犯処罰の条件と捉えることが可能である。そうであるならば、共犯従属性説に立っても正犯の不法や

⁸⁹ Engert, a.a.O., S. 127, 147f.

⁹⁰ Engert, a.a.O., S. 142f, 148.

⁹¹ Engert, a.a.O., S. 83, 137f. さらにハンドルフも、統一的正犯者概念に対する批判として、オーストリアの判例が量的従属性を要求していることを挙げている。Kai Hamdorf, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, S. 48.

⁹² Engert, a.a.O., S. 147.

⁹³ 統一的正犯者概念が可罰的領域の拡大を招くとの批判は、ロクシンも主張している。Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Auflage, 2006, S. 451.

⁹⁴ 高橋・前掲註(9) 70頁以下。

責任を共犯が負うことにはならず、したがって、制限的正犯者概念をベースとした区別モデルを採用しても自己答責性は十分貫徹することができるであろう。

このようにオーストリアとわが国の現状を考察すると、統一的正犯者概念は、行為者個人の行為責任に固執するあまり、従属性による処罰の制限という側面を見失い、かえって処罰を拡大する方向へ作用するため、その採用が制限ないし拒絶されていることが明らかになった。このような弊害を考慮すると、機能的統一的正犯者体系をベースとしても、統一的正犯者概念による統一モデルを採用して正犯構成要件のみで全ての行為者形態、行為形態をまかなってあらゆる事例を処理することは不可能であると考える。

なお、わが国では、惹起説に立脚する以上、正犯と共犯の行為規範は同一であり、その差は量的差異のみであるとして統一的正犯者概念が妥当するとの見解が主張されている⁶³。しかし、惹起説を採用することによって正犯と共犯の行為規範が同一になるとは限らない。というのも、惹起説は共犯者が共犯行為に及んで他者を通じて法益侵害を惹起する点に共犯の処罰根拠を置く見解であり、構成要件に内在する行為規範を決定付けるものではないからである。したがって、惹起説を抛りどころとして統一的正犯者概念を採用することはできないように思われる。

II. 区別モデル

こうした状況を踏まえると、次に検討しなければならないのは、正犯と共犯の構成モデルにおける区別モデルの採否である。区別モデルによれば、正犯者概念の他に共犯者概念が存在し、正犯と共犯の区別が図られる。この区別モデルへは、拡張的正犯者概念（*extensiver Täterbegriff*）と制限的正犯者概念（*restriktiver Täterbegriff*）の2つのヴァリエーションからアプローチすることが可能である。それでは、拡張的正犯者概念と制限的正犯者概念について、共犯構成要件との関わりを意識しながら検討を進めていきたい。

1. 拡張的正犯者概念

拡張的正犯者概念という呼称は、制限的正犯者概念のそれと同様に、ツィンマーに由来するものであると言われている⁶⁴。そこで、拡張的正犯者概念の正確な理解を試みるべく、ツィンマーによって定義された本来の拡張的正犯者概念に目を向けなければならないだろう。

ツィンマーは、共犯が絶望の章と言われる原因について、共犯論の研究が主観的共犯論と客観的共犯論の問題に非常に多く費やされてきた点にあることを指摘して、そもそもなぜ共犯規定が存在するのか、という観点から共犯規定の存在意義について詳細に検討している⁶⁵。そして、共犯規

⁶³ 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）84頁。

⁶⁴ Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm 18), S. 6.; 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）37頁参照。

⁶⁵ Leopold Zimmerl, *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, ZStW 49, 1929, S. 39ff.

定について不必要であるか、あるいはそのように断定しないまでも絶対的に必要とは言えないとする見解が存在するとして、このような見解をツィンマーは、構成要件の拡張的解釈 (extensiven Interpretation der Tatbestände) と名付けている⁶⁹⁾。したがって、先に統一モデルを検討する際に登場した統一的正犯者概念は、拡張的正犯者概念のこうした考え方から編み出された概念であることが容易に推察できるであろう⁷⁰⁾。

拡張的正犯者概念、より正確に言えば構成要件の拡張的解釈に従うと、法律上の構成要件は次のように理解されることになる。すなわち、構成要件の実現に対して因果的である者は、有責的である限りにおいて、構成要件に該当して行動したと判断され、処罰されうる⁷¹⁾。それゆえ、例えば、刑法199条に規定されている殺人罪の構成要件に含まれる「人を殺した者」とは、人の殺害を因果的に成し遂げた者を指すことになる。したがって、故意であれ過失であれ、有責的に人の殺害という法益侵害結果を因果的に為し遂げた者は、殺人の故意正犯あるいは過失正犯として処罰されることになる⁷²⁾。

だが、この概念によれば、教唆や幫助のように特殊な態様で因果的に関った者も正犯とされ、正犯と同等の刑が科されてしまうことになるが、これらに該当する者の刑を減輕するためには、教唆や幫助の処罰に関する特別規定を設けなければならない⁷³⁾。構成要件の拡張的解釈によれば、教唆や幫助を共犯として刑を減輕する目的から特別に分類し、それが共犯規定であると考えするため、この解釈に従えば共犯は刑罰縮小事由 (Strafeinschränkungsgründe) として捉えられることになる⁷⁴⁾。

このように、結果に対して因果的である者を全て正犯と考える拡張的正犯者概念は、条件説をベースとした等価説を念頭に置いている⁷⁵⁾。等価説によれば、結果に対して存在する何らかの原因を全て等価的に扱うことによって、結果に対して因果関係を有する者を全て正犯と考えることができるからである。その点で拡張的正犯者概念は、正犯者概念を因果的に捉えることを理由として、正犯と共犯の区別における客観説の一種であると理解することもできなくはない⁷⁶⁾。しかし、客観面における因果が等価である教唆犯、幫助犯、正犯のうち、教唆犯ならびに幫助犯のみが総則規定によって刑罰を縮小される根拠を説明するためには、行為者の主観面によって正犯と共犯を区別する主観説を採用しなければならないであろう⁷⁷⁾。主観説によれば、行為者の内心によって正犯と共

⁶⁹⁾ Zimmerl, a.a.O., S. 39f.

⁷⁰⁾ それゆえ、統一的正犯者概念こそが、本来の拡張的正犯者概念、より正確に言えば構成要件の拡張的解釈に忠実な正犯者概念である、と言うことができよう。

⁷¹⁾ Zimmerl, a.a.O., S. 40.

⁷²⁾ Vgl. Zimmerl, a.a.O., S. 40.

⁷³⁾ Vgl. Zimmerl, a.a.O., S. 40.

⁷⁴⁾ Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, 2006, S. 491.; 増田豊「共犯の規範構造と不法の人格性の理論—共犯の処罰根拠と処罰条件をめぐって—」法律論叢第71巻第6号(1999年)14頁以下参照。

⁷⁵⁾ Vgl. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, S. 649.

⁷⁶⁾ このように理解する論者として、木村龜二『犯罪論の新構造(下)』(有斐閣, 1968年)85頁。

犯を区別することになるため、拡張的正犯者概念からは、正犯の意思をもって因果的な行為関与を為した者が正犯であり、因果的な行為関与を為したにもかかわらず共犯意思を持つにすぎない者が共犯である、ということになる。したがって、拡張的正犯者概念によれば、正犯と共犯の区別は主観説に依拠することになると思われる。

2. 制限的正犯者概念

これに対して、制限的正犯者概念は、ツィンマールによる構成要件の制限的解釈 (restriktiven Interpretation der Tatbestände) に由来する概念である。共犯規定を本来は不必要であるとする拡張的正犯者概念、すなわち構成要件の拡張的解釈に対して、制限的正犯者概念、すなわち構成要件の制限的解釈は、共犯規定を共犯処罰のためには必要不可欠な規定であると捉える見解である。

構成要件の制限的解釈に従えば、法律上の構成要件は次のように理解されることになる。構成要件は正犯のみが該当し、教唆の行為性や幫助の行為性は正犯構成要件に含まれない⁶³。それゆえ、例えば、刑法199条に規定されている殺人罪の構成要件に含まれる「人を殺した者」には、殺害行為に及んだ者のみが該当することになり、殺害行為を単に唆したり援助したりするにとどまる者は、199条に規定された殺人罪の構成要件には包括されない。したがって、教唆行為者や幫助行為者は、正犯行為から見れば外部領域における行為者 (die Handlungen der Außenzone) に属することになるため、それらに該当する者は刑法各則に規定された犯罪構成要件に該当しない、と理解することになる⁶⁴。

このような理解によれば、教唆者や幫助者は、刑法各則に規定された犯罪に該当せず、処罰されない結果へと至ることになるだろう。しかし、そのような帰結は共犯の処罰根拠論と相容れない。共犯の処罰根拠論において惹起説に立つならば、教唆行為や幫助行為は正犯を介す形ではあるが法益侵害の惹起を志向する行為として捉えられ、そのような行為態様で法益侵害の惹起を志向する者は処罰されるべき共犯に該当する、と理解されるからである。そこで、共犯の処罰根拠論と融合する形で構成要件の制限的解釈を貫くためには、刑法各則における構成要件には含まれない教唆行為や幫助行為を、共犯規定という新たな特別規定を設けてそのような行為を包含する固有の構成要件が必要となる⁶⁵。制限的正犯者概念は、特別の共犯規定を設けることによって可罰的領域を拡張させることから、共犯を刑罰拡張事由 (Strafausdehnungsgründe) として捉えることになるが、特別の共犯規定を設けることによって新たに特別の構成要件が設定されることを鑑みると、共犯を刑罰拡張事由として捉える前に構成要件拡張事由 (Tatbestandsausdehnungsgründe) として捉えるのが適切な理解であろう⁶⁶。

⁶³ Vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 650.

⁶⁴ Zimmerl, a.a.O., S. 45.

⁶⁵ Zimmerl, a.a.O., S. 45.

⁶⁶ Vgl. Zimmerl, a.a.O., S. 45.

この考え方を基にすれば、刑法総則に規定されている共犯規定は、次のような存在意義をもつことになる。刑法60条以下に規定されている各犯罪類型によって、共犯固有の構成要件が見出され、共犯固有の行動規範、ならびに制裁規範が存在する⁴⁹。具体例を挙げれば、幫助犯は62条に規定されている「正犯を幫助した者」に該当し、63条による「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する」との規定によって刑が減輕される。ただし、62条には「正犯を幫助した者」と規定されているため、刑法各則に正犯の処罰規定、より正確に言えば正犯構成要件が存在することを前提とする。また、共犯規定には過失を処罰する規定が存在しないため、過失共犯に関する構成要件は存在しないことになり、制限的正犯者概念によれば過失幫助犯、例えば、資産家への強盗を企てている者に誤って金庫の場所などの情報を提供した者のような過失による狭義の共犯を処罰することはできない、との結論に至ることになる。

なお、制限的正犯者概念を採用した場合、正犯と共犯の区別が拡張的正犯者概念のように主観説に結びつく必然性はない。行為者の行為態様によって正犯構成要件、教唆構成要件、幫助構成要件に分類されることを鑑みれば、この概念はむしろ客観説にしたがって正犯と共犯を区別する見解に近づくであろう。

3. 検 討

ここまで、拡張的正犯者概念と制限的正犯者概念の本質を見てきたが、それらの本質から次のようなことが明らかになった。拡張的正犯者概念によれば、刑法各則に規定された犯罪類型に備わっている各構成要件は、拡張的な解釈によって、教唆行為や幫助行為も含むことになる。それゆえ、共犯には固有の構成要件、ならびに固有の行動規範が存在せず、刑法総則に規定された各共犯規定は、特別な行為態様によって法益侵害結果に対して因果的な関係をもつに至った者、すなわち共同正犯や教唆犯、幫助犯を処罰するために制裁規範を定めているに過ぎないことになる。

一方、制限的正犯者概念によれば、構成要件を制限的に解釈することによって、刑法各則に規定された犯罪類型に備わっている各構成要件には教唆行為や幫助行為は含まれない。それゆえ、刑法総則に規定された各共犯規定によって、共犯固有の構成要件が見出され、共犯固有の行動規範、並びに固有の制裁規範が存在することになる。

それでは、正犯と共犯の構成モデルについて区別モデルを採用する場合、どちらのタイプを選択すべきであろうか。

思うに、拡張的正犯者概念には、さまざまな致命的とも言える欠陥があるため、制限的正犯者概念を採用すべきであろう。第1に、拡張的正犯者概念は、共犯を刑罰縮小事由と捉えることを徹底することができない。例えば、過失幫助犯について考えてみたい。拡張的正犯者概念によれば、過失幫助犯も、故意幫助犯と同様に各則の犯罪構成要件に該当する。しかし、過失幫助犯に関する

⁴⁹ Vgl. Zimmerl, a.a.O., S. 45.; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a.a.O., S. 490.

⁴⁹ 増田・前掲註⁴⁰ 17頁参照。

規定は総則に規定されていないため、故意幫助犯の処罰に関する63条を適用することはできず、各則に規定された法定刑にしたがって処罰されることになる。すると過失幫助犯には、各則に規定された法定刑が適用されるため、正犯も過失の場合、過失幫助犯は過失正犯と同等の法定刑となり、幫助を刑罰縮小事由と捉えることができなくなってしまう。このように拡張的正犯者概念は、過失共犯を扱う場合、それらを正犯と等価値と判断することにより、正犯行為と教唆行為ならびに幫助行為を区別することができず共犯を刑罰縮小事由と捉えることを徹底しえないのである。

もっともこうした考え方に対しては、本来総則の規定は刑を加重する場合を含めて明文はなくても過失犯の規定にも適用されるべきものであるから、共犯規定の過失犯への適用も肯定できる、とする反論が挙げられている⁶⁴⁾。この見解に従えば、過失幫助犯には63条が適用されることになり、過失共犯も刑罰縮小事由と捉えることができそうである。しかし現行刑法は、故意犯処罰の原則を38条1項に規定しており、制限的正犯者概念だけでなく拡張的正犯者概念からも例外規定であると理解される共犯規定を38条1項よりも後に規定している。この状況を鑑みれば、過失幫助の処罰は、いわば例外の例外であると考えられよう。そうであるならば、単なる例外規定である63条によって、例外の例外である過失幫助を処罰することは罪刑法定主義に反すると思われる。したがって、拡張的正犯者概念から過失共犯を共犯規定で処罰することはやはり不可能であろう。

拡張的正犯者概念はさらに、教唆行為自体の未遂や幫助行為自体の未遂において不当な刑罰拡張現象をもたらす⁶⁵⁾。それらの事例は、今日ではもはや異論なく認められている共犯従属性説に拠る限り不可罰であるにもかかわらず、拡張的正犯者概念によれば、正犯に未遂規定がある限りで教唆の未遂や幫助の未遂も正犯の未遂と等価値と判断され、処罰される。これはまさに正犯なき共犯を認めることになり、さらには共犯独立性説へとつながるため、共犯を刑罰縮小事由と考える前提と逆行する共犯の刑罰拡張を招くことになってしまう⁶⁶⁾。

また、拡張的正犯者概念を採用すると、正犯と共犯の区別は行為者の主観に求める主観説に依拠することになるが、正犯と共犯の区別を主観説に求める見解を支持することはできない。なぜなら、本来正犯として処罰されなければならない者を狭義の共犯として処罰することしかできない可能性があるからだ。例えば、自己答責的に行動している者が内心において正犯意思を抱いていなければ、その行為者を正犯として処罰することはできない。また、行為者が抱く正犯意思の有無を裁判官の裁量に委ねることは、実務的にも問題があろう。

そもそも拡張的正犯者概念は、現行刑法と相容れない結果をもたらす。例えば、61条2項には間接教唆の処罰に関する規定があるものの、間接幫助の処罰規定は現行刑法には存在しない。幫助の処罰を刑法総則に規定されている制裁規範に求め、総則に規定されていない間接幫助の処罰は各則に規定されている制裁規範に従うことを現行刑法が想定しているとは考えにくい⁶⁷⁾。実際に判例

⁶⁴⁾ 松生光正「ワークショップ1 過失と共犯」刑法雑誌第40巻第2号(2000年)129頁。

⁶⁵⁾ Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 14.

⁶⁶⁾ 増田・前掲註⁶⁴⁾15頁参照。

は、間接幫助を62条1項の規定に読み込むことができるかどうかは別として、間接幫助を処罰するに当たって62条1項を適用している⁶⁴。この点から、判例も拡張的正犯者概念を採用していないことがうかがえる。

拡張的正犯者概念に対してはこのような欠陥があるが、制限的正犯者概念に対しても若干の批判が向けられているので、この批判に反論する必要があるだろう。

制限的正犯者概念に対する批判として存在するのは、制限的正犯者概念によれば、正犯性の判断基準として構成要件に該当する行為の物理的な意味での自手実行が要求されるが、このように正犯者概念を物理的に把握すると、間接正犯のような事例において行為者を正犯とすることができないのではないかと、いうものである⁶⁵。確かに、構成要件の制限的解釈を提唱したツィンマーによれば、精神病者を唆して法益侵害行為を実現する典型的な間接正犯の事例に対して、精神病者を唆す行為を正犯行為とみなしてはならず、教唆行為として扱わなければならない、と述べている⁶⁶。しかし、構成要件を制限的に解釈しても、間接正犯を正犯として扱う余地はあると考える。というのも、構成要件を制限的に解釈することによって得られる結論は、刑法各則に存在する各構成要件は正犯のみを含むものであり、共犯は刑法総則に存在する共犯構成要件に分類される、とのテーゼを明らかにするに過ぎず、何が正犯であり何が共犯であるか、すなわち正犯と共犯の区別基準を提示するものではない。正犯と共犯の区別は、主観説と客観説の争いに収斂されるべきであり、正犯者概念を用いて論じられるテーマではないのである。したがって、制限的正犯者概念に対するそのような批判は、まさにお門違いと言えるであろう⁶⁷。

また、そもそも正犯者概念論は不必要であり、かつ、不当であるとの見解⁶⁸や理論刑法学上の使命を果たし終えた過去の議論であると指摘する見解⁶⁹も存在する。しかし、正犯者概念、すなわち正犯と共犯の構成モデルをどのように捉えるかによって、可罰領域に差異が生じることは、これまでに述べてきた通りである。例えば、統一的正犯者概念や拡張的正犯者概念からは狭義の共犯における過失共犯は可罰的となるが、制限的正犯者概念からは不可罰と考えることになる。したがって、正犯者概念論は今なお刑法上重要な使命を果たしており、これを不必要とする見解は到底賛同することができない。

このように検討すると、正犯と共犯の構成モデルにおいて区別モデルを採用する場合、制限的正犯者概念をベースにすべきであろう。

⁶⁴ 拙稿「幫助者の故意に関する一考察—ドイツの判例を素材にして—」法学研究論集第27号（2007年）17頁参照。

⁶⁵ 最決昭和44年7月17日刑集23巻8号1061頁。

⁶⁶ 団藤重光『刑法綱要総論第3版』（創文社、1990年）388頁、大谷・前掲註(2)400頁、川端・前掲註(2)513頁、前田・前掲註(2)403頁。

⁶⁷ Zimmerl, a.a.O., S. 48.

⁶⁸ 齋野・前掲註(2)264頁以下は、この点を意識しているものと思われる。

⁶⁹ 団藤・前掲註(2)388頁。

⁷⁰ 内海朋子「遯及禁止論と過失共犯論」亜細亜法学第39巻第1号（2004年）64頁。

Ⅲ．二元モデル

最後に、今一つ問題なのは、二元モデルの存在である。二元モデルとは、犯罪類型に応じて、ベースとなる正犯者概念を変えるモデルである。二元モデルのヴァリエーションとしては、制限的正犯者概念と統一的正犯者概念、制限的正犯者概念と拡張的正犯者概念、拡張的正犯者概念と統一的正犯者概念の3つが考えられうるが、実際には制限的正犯者概念と拡張的正犯者概念、または制限的正犯者概念と統一的正犯者概念の場合に応じて使い分ける二元モデルが主張されている。このようなモデルは、主に過失共犯の処理を念頭に主張されているが、拡張的正犯者概念による過失共犯処罰の弊害は、すでに過失幫助犯を具体例として取りあげて言及したので、ここではとりわけ制限的正犯者概念と統一的正犯者概念の二元モデルについて論究する。

1. 制限的正犯者概念と統一的正犯者概念

二元モデルにおいて注目すべき見解は、制限的正犯者概念と統一的正犯者概念のコンビネーションである。ドイツでは、過失犯に対して統一的正犯者概念をベースとした統一モデルが妥当するとの見解が有力であり⁶⁹、わが国においてもこれを支持する見解が見られる⁶⁹。

このような見解を支持する論者として、例えば、イエシエック/ヴァイゲントらは、過失犯の領域において統一的正犯者概念が妥当する根拠として、結果に対する全ての関与者が構成要件該当結果の予見を同程度に欠いていることを挙げている⁶⁹。そして、認識ある過失の場合には、関与者を分類することが可能であるとしても、ドイツ刑法典26条、27条は故意共犯のみを処罰する規定であるため、過失犯の領域には正犯と共犯の区別はなく、せいぜい注意義務違反のグレードによって過失犯内部で分類することができるに過ぎない、と述べている⁶⁹。

また、プッペによれば、正犯と共犯の区別は、意思説を採用にせよ行為支配説を採用にせよ、概念的に故意を要求しているところから可能となるのであり、過失犯における正犯と狭義の共犯の区別は、単に概念上可能であるとしても、不法レベルにおいて相違がないために、過失犯においては統一的正犯者概念が妥当する、としている⁶⁹。

さらにヤコブスも、過失による関与の場合、複数人が共有しうるのは行為のみであり、過失結果

⁶⁹ 例えば、Günter Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1991, S. 653ff.; Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 654f.; Ingeborg Puppe, *NK, Band 1*, 2. Auflage, 2005, Vor § 13, Rn. 180f.; Roxin, a.a.O., (Anm 9), S. 1072.; Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch*, 3. Auflage, 2006, S. 212. また、近年においてはレンツィコフスキーやハントルフ等が、統一的正犯者概念と過失犯との関係を分析している。Vgl. Renzikowski, a.a.O., S. 299f.; Hamdorf, a.a.O., S. 38ff.; Alex van Weezel, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, S. 107ff.

⁶⁹ 例えば、高橋・前掲註⁶⁹ 85頁（ただし、二元モデルを支持しているわけではなく、過失犯においても統一モデルが妥当するとの見解に立っている）、山中敬一『刑法総論』（成文堂、2008年）365頁以下。

⁶⁹ Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 654.

⁶⁹ Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 654f.

⁶⁹ Puppe, a.a.O., Vor § 13, Rn. 180.; ders., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, S. 146.

は各行為者による認識の欠如により共有することができないのであるから、正犯と共犯を区別することは不可能であり、それらは統一化されるが、行為態様にしたがって関与者を区別することは可能である、と述べている⁶⁴⁾。というのも、結果的加重犯の場合、基本犯においては故意犯であり、加重結果の部分は過失であるため、このように区別することには意味がある、と主張している⁶⁵⁾。

このような主張内容を分析すると、ドイツでは、過失犯の領域において正犯と共犯の区別をしないものの、関与者内部における区別が概念上可能である、ということが示唆されているように思われる。そうであるならば、過失犯については統一的正犯者概念、とりわけ機能的統一的正犯者体系が妥当すると考えられているのではないだろうか。機能的統一的正犯者体系は、正犯と共犯の区別をしないものの、正犯内部において複数の犯行類型があることを認めているからである。したがって、ドイツでは、制限的正犯者概念と機能的統一的正犯者体系をベースとした統一的正犯者概念を併用する二元モデルが支持されている、と理解してよいであろう。

2. 批判的考察

しかし、二元モデルに対しては、そもそも正犯と共犯を区別するにあたってその採用を否定された統一的正犯者概念が、なぜ過失犯の領域において認められるのか、疑問である。統一的正犯者概念は、あらゆる関与者をすべて正犯として扱うため、不当な刑罰の拡張をもたらすとの批判にさらされてきた。この批判は過失犯に対しても当てはまるのではないだろうか⁶⁶⁾。故意であれば教唆や幫助に該当する行為が、過失であれば一律正犯として評価されるのは、これまで各過失犯規定によって過失教唆や過失幫助が処罰されてこなかったという現状を鑑みると、明らかに刑罰を不当に拡張することになるであろう⁶⁷⁾。実際ドイツでは、1983年以来、統一的正犯者概念を採用していると理解されている秩序違反法14条1項の規定について、その適用がもはやほぼ異論なく故意行動の場合に制限されることを明らかにしている⁶⁸⁾。連邦通常裁判所においてこのような結論が今なお支持されている理由としては、過失犯の正犯性が故意犯の正犯性と異なることも挙げられうるが、過失犯における可罰領域を制限する目的も少なからずあるように推察される。また、統一的正犯者概念によれば、行為に関与した全ての者が正犯として評価され、過失教唆や過失幫助に対しては、機能的統一的正犯者体系をベースにすれば量刑に差異を設けるため各共犯規定を適用することになる

⁶⁴⁾ Jakobs, a.a.O., S. 653f.

⁶⁵⁾ Jakobs, a.a.O., S. 653.

⁶⁶⁾ 同様の疑問を投げかける論者として、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(1)―共同正犯論序説―」法学協会雑誌 121巻1号(2004年)107頁が挙げられる。

⁶⁷⁾ 嶋矢・前掲註⁶⁶⁾121頁参照。また、島田聡一郎も、過失犯における統一的正犯者概念の採用を支持する見解に対して、故意があれば幫助にしかならない行為を過失であれば正犯として処罰するのは妥当と思われたい、と批判して過失犯においても制限的正犯者概念が妥当することを主張している。島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治、日高義博、甲斐克則、大塚裕史編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂、2006年)449頁以下。

⁶⁸⁾ Renzikowski, a.a.O., S. 297.

だろう。しかしこのような処理は、拡張的正犯者概念の検討の際に明らかになったように、罪刑法定主義に違反するように思われる。

なお、わが国において制限的正犯者概念と統一的正犯者概念の二元モデルを主張する論者から、過失犯において統一的正犯者概念が採用されている根拠として、条文上の明確な規定なしに例外的処罰を定めた狭義の共犯の規定が例外的に処罰される過失犯に適用されることはない⁶⁹⁾と解すべきことや、過失犯処罰を故意犯の意味における正犯的形態に限定することの不合理さが挙げられている⁷⁰⁾。このような根拠のゆえ、正犯構成要件の中に共犯構成要件も含まれることが導き出されているが、しかしこのような見解には疑問がある。というのもこの見解によれば、過失犯において統一的正犯者概念を採用する一方で、過失による教唆の不可罰性を制限的正犯者概念によって説明しているからである⁷¹⁾。これは明らかに矛盾しているように思われる。もし、正犯構成要件の中に共犯構成要件も含まれると考えるならば、それは拡張的正犯者概念であろう。だが、拡張的正犯者概念を採用することによって得られる過失教唆や過失幫助の可罰性に対する結論が支持できないことは、これまでも述べてきた通りであるから、結局このような見解には賛同することができない。

おわりに

本稿では、幫助の故意の基点となる幫助構成要件の機能を解明するため、共犯構成要件の存在意義に関わる正犯と共犯の構成モデル、すなわち正犯者概念について検討した。構成モデルは、統一的正犯者概念をベースとした統一モデル、拡張的正犯者概念あるいは制限的正犯者概念をベースにした区別モデル、制限的正犯者概念と統一的正犯者概念あるいは拡張的正犯者概念を組み合わせる二元モデルの3つが存在するが、統一的正犯者概念や拡張的正犯者概念は、刑罰を不当に拡大する等の理由から、制限的正犯者概念をベースにした区別モデルを採用すべきことが、結論として得られた。

このような帰結から、幫助構成要件の存在意義は次のように理解されることになる。区別モデルにおける制限的正犯者概念は、刑法各則に規定された犯罪類型に備わっている各構成要件を制限的に解釈するため、刑法各則からは正犯構成要件しか見出すことができない。幫助構成要件は、共犯規定を設けることによって初めてその存在が認められることになる。したがって、幫助犯等の共犯は構成要件拡張事由であり、かつ、刑罰拡張事由である、と言える。

幫助構成要件の存在意義が構成要件の拡張と刑罰の拡張にあることを鑑みると、幫助構成要件は幫助に固有のものであり、そこには幫助固有の行動規範が機能的に内在していることが導かれる。それゆえ、幫助構成要件は、正犯構成要件が存在することを前提として初めて機能することになり、幫助固有の故意内容を提示する機能をもつ。具体的に述べるならば、刑法199条、62条1項の構成要件によって「人を殺すことを幫助してはならない」との行動規範が存在し、正犯の殺人行為

⁶⁹⁾ 山中・前掲註(69) 366頁。

⁷⁰⁾ 山中・前掲註(69) 894頁参照。

を幫助する行為は、この規範に違反することになる。そして、幫助の故意とは、幫助構成要件に帰属する事実の認識であるから、「人を殺す」との認識は言うまでもなく、「殺すことを助ける」との認識も、幫助の故意における認識内容に要求されることになる。ここで重要なのは、「助ける」との認識である。幫助の故意が成立するためには、幫助者が単に法益侵害結果を認識するだけでは足りず、幫助者自らの行為が正犯を介して惹起される法益侵害を助けることになる、との認識も必要である。心理的幫助を例に挙げると、殺人犯に声援を送る幫助者に殺人幫助の故意が認められるためには、「正犯」が「人」を「殺す」との認識や「当該状況下で人を殺害することを助けるために正犯へ声援を送る」との認識が幫助者に必要であると思われる。